

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**10259** *Pleno. Sentencia 146/2012, de 5 de julio de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 3792-2001. Planteada por el Juzgado de Menores número 1 de Valencia en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Derecho a un proceso con todas las garantías: validez de los preceptos legales que contemplan la posibilidad de que el instructor reciba declaración al menor cuando aquél lo estime pertinente y siempre que lo solicite en plazo la asistencia letrada del menor y que salvaguardan el derecho de éste a intervenir en el proceso desde la incoación del expediente.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Luis Ignacio Ortega Álvarez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de constitucionalidad núm. 3792-2001, planteada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, respecto a los arts. 16. 2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1, 2 y 3, 28.2, 31, 33 e), 41, y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Con fecha 4 de julio de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el Auto de 19 de junio de 2001 del Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, dictado en el expediente 6-2001, por el que dicho Juzgado acordó elevar cuestión de inconstitucionalidad sobre las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM): art. 17.4 y 5 por ser lesivo del art. 17.2 CE, del art. 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) y del art. 5.3 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH); arts. 26.2 y 31 por vulnerar el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); arts. 16.4, 23.3, 26.1 y 3, 28.2, 33 e) y 61 a 64 por lesión del derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 24.2. CE); arts. 16.2 y 18 por vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE y del art. 41 en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000 por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2. La cuestión trae causa del atestado instruido por la Guardia Civil de Massamagrell sobre distintos hechos que pudieran ser constitutivos de delito de robo con intimidación, en uno de los cuales pudiera estar implicado un menor. Hechos por los cuales la Fiscalía de Menores acordó la apertura de diligencias preliminares y la incoación del expediente al menor, en virtud del art. 16 LORPM, por decreto del 18 de enero de 2001, instando, paralelamente, del Juzgado de Menores el internamiento del menor en régimen cerrado

como medida cautelar prevista en el art. 28 LORPM. El Juzgado de Menores acordó el internamiento cautelar del menor, en régimen cerrado, por máximo de tres meses por Auto de 19 de enero de 2001.

Finalizada la instrucción del expediente por el Ministerio Fiscal y remitido al Juzgado de Menores, el Fiscal presentó escrito de alegaciones, calificando los hechos de robo con intimidación; igualmente presentó sus alegaciones la representación del menor. Acordada por el Juzgado la celebración de la audiencia prevista en los arts. 33 y ss. LORPM, la representación del menor interpuso recurso de nulidad de actuaciones; los motivos de nulidad fueron reiterados al comienzo de la audiencia, que se suspendió para subsanar uno de los defectos alegados, reanudándose días más tarde y finalizando la misma.

Por Auto de apertura del trámite de audiencia de 29 de mayo de 2001, el Juzgado de Menores acordó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y, con carácter previo a su presentación en este Tribunal, dar traslado del mismo al Fiscal y a la defensa del menor, para que, en el plazo de diez días, manifestaran lo que estimaren procedente sobre la pertinencia de dicha cuestión de inconstitucionalidad, lo que así hicieron. En dicho trámite, el Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que la representación del menor consideró pertinente su planteamiento y se adhirió a su fundamentación.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) La inconstitucionalidad de los párrafos 4 y 5 del art. 17 LORPM, debido a la lesión del art. 17 CE, del art. 9.3 PIDCP y del art. 5.3 CEDH, se sustenta en que, según dicho precepto, el menor no se pone inmediatamente a disposición judicial sino a disposición del Ministerio Fiscal, cuando, de conformidad con el art. 17 CE., el único destinatario posible de la detención policial es la autoridad judicial. Se razona que el art. 17 CE no establece sólo un límite temporal en la duración de la detención policial preventiva, sino también un límite personal en cuanto al destinatario de la detención, que sólo podría serlo la autoridad judicial. Dicha limitación se argumenta en que el art. 17.2 CE establece que la detención durará el tiempo «estrictamente necesario», después de lo cual deberá ser puesto a disposición judicial o en libertad.

Los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM estarían concediendo al Ministerio Fiscal la capacidad de prorrogar la detención del menor, hasta las cuarenta y ocho horas desde el inicio de la detención policial, sin una justificación aparente, que no sería otra que la de decidir la libertad o la puesta a disposición del Juez. Aunque no sea obligado que la policía ponga a disposición del Fiscal al menor, por cuanto la literalidad del art. 17.5 permite que no sea necesario este trámite, sin embargo, el art. 17.4 está partiendo de que la policía lo pondrá en libertad o a disposición del Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

Se argumenta en este contexto, que este art. 17 estaría alejado de lo dispuesto en el art. 9.3 PIDCP y en el art. 5.3 CEDH, que establecen que el detenido deberá ser llevado «sin demora» o «sin dilación» ante un Juez o funcionario habilitado para ejercer funciones judiciales. A partir de aquí, se razona con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 23 de octubre de 1990, 25 de marzo de 1999), que el Fiscal no puede ejercer «funciones judiciales» en el sentido del art. 5.3 CEDH, porque de la citada jurisprudencia se deriva la necesidad de que la autoridad, ante la cual se ponga a disposición el detenido, deba ser imparcial. Dicha imparcialidad podría quedar empañada por el hecho de que la misma autoridad que ordena la detención tuviera asignadas otras funciones en el proceso y si no se mantiene ajena al poder ejecutivo y a las partes, ya que su función es la de revisar si existen razones legales para justificar la detención.

En cuanto a la relevancia para el fallo sobre la nulidad instada y para dictar la Sentencia, se afirma, en primer término, que el menor declaró ante el cabo de la Guardia Civil en presencia de su hermano y de un letrado de oficio, sin la presencia del Fiscal. En segundo lugar, que una vez realizadas las diligencias de exploración del menor ante la Guardia Civil a las 19.10 del día 17 de enero, el menor no fue puesto a disposición judicial,

sino que continuó de forma inexplicable en situación de detención sin que se practicara actuación alguna y siendo puesto a disposición del Fiscal a primera hora de la mañana siguiente. Hasta las 11.30 horas del día 18 no fue puesto a disposición del Juzgado sin que se hubieran realizado ningún tipo de diligencias, de modo que transcurrieron catorce horas en las que estuvo detenido el menor sin realizarse ninguna actuación. En tercer lugar, se sostiene que después de la declaración del menor ante la Guardia Civil en ningún momento se le recibió declaración por parte del Ministerio Fiscal, ni siquiera con anterioridad a la petición por parte de éste del internamiento cautelar del menor.

Se afirma, como resumen, que la cuestión planteada tiene conexión tanto con la prolongación innecesaria de la detención del menor, por no pasar inmediatamente a la autoridad judicial, sino a una autoridad intermedia, el Fiscal, como con el hecho de que no se le ofreció en ningún momento la posibilidad de declarar ante esta autoridad –el Fiscal– que lo tenía detenido.

b) Los arts. 26.2 y 31 LORPM lesionarían el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por cuanto no prevén un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, es decir, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular la acusación.

Se sostiene que la inexistencia de una fase intermedia en el proceso previsto en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores tiene como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos al darle traslado el Juez de menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el art. 31, después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado. Así, el propio art. 26.2 parte de la posibilidad de que el menor no haya declarado todavía, pues aunque el letrado pida la declaración del menor y aunque, en principio, el Fiscal está obligado a recibir dicha declaración, tal obligación decae en caso de que hubiese concluido la instrucción y hubiere elevado el expediente al Juzgado de Menores. Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el Juez de menores antes del juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin «haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente».

Razona el órgano judicial con base en las SSTC 186/1990, 100/1996, 149/1997 y otras citadas por éstas, conforme a las cuales una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el Juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

c) En tercer lugar, se cuestionan los arts. 16.4, 28.2, 23.3, 26.1 y 3, 33 e), y 61 a 64 LORPM por vulnerar el derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), en la medida en que dichos preceptos permiten el contacto del Juez que ha de dictar Sentencia con el material probatorio antes de la audiencia. Dicho contacto previo se verificaría, en primer lugar, en la instrucción –paralela a la que efectúa el Fiscal respecto de la responsabilidad penal del menor– realizada por el Juez que ha de dictar Sentencia y que tiene como objeto la pieza de responsabilidad civil. Sostiene el Juzgado de Menores que, de seguirse estrictamente la voluntad de la ley, el juzgador incumpliría la obligación de ser ajeno al litigio y a las partes, pues, en el marco de la pieza de responsabilidad civil, se atribuye competencia al Juez para «conocer de la prueba propuesta por las partes», «unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de audiencia que considere relevantes para la decisión» e, incluso, en el art. 64.6 se establece que «no podrá rechazarse la confesión en juicio o la prueba testifical por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal». Se alega que, en el caso, el Juzgado procedió a abrir la pieza separada de responsabilidad civil. En el mismo sentido se afirma que el

Juez de menores realiza una instrucción paralela en relación con la adopción de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art. 23.3 y 26.1 y 3), puesto que éstas las acuerda el Juez y no el Fiscal.

También considera que el Juez de menores puede tener contacto con el material probatorio antes del juicio en cuanto el art. 33 e) establece que el Juez puede acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, denegadas por el Fiscal en la instrucción, que considere relevantes y que no puedan practicarse en la audiencia, para que se practiquen ante él.

Especialmente relevante le parece en este contexto la adopción de las medidas cautelares conforme al art. 28.2 LORPM, que permite practicar pruebas. Se sostiene que a solicitud de la defensa se practicó la prueba consistente en informe sobre la adicción a las drogas del menor. Se afirma que también aquí se da un contacto previo con el material probatorio. Se citan en este marco las SSTC 142/1997 y 145/1998, y la STEDH de 25 de julio de 2000, sobre la necesidad de separar las funciones instructoras y juzgadoras con la finalidad de que no exista contacto previo con el material probatorio y que exigen no haber realizado un juicio previo de culpabilidad por parte del Juez que ha de dictar Sentencia.

d) Por otra parte, argumenta el órgano judicial que las posibilidades de ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, inadmitiendo la denuncia, archivando el expediente o desistiendo de incoarlo –arts. 16.2 y 18 LORPM–, sin control judicial, lesionaría el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE. Se sostiene que, aunque en el presente caso el Fiscal no hiciera uso de estas opciones, en la medida en que se puede dictar la nulidad de actuaciones, todavía puede hacerse uso de la misma. Se argumenta que esta discrecionalidad puede producir la introducción de un principio de responsabilidad social de ciertas capas de la población. Se concluye, por ello, que el art. 18 de la citada ley afecta a los principios de igualdad, seguridad jurídica y legalidad y que una interpretación literal del mismo implica la posibilidad de desistir del procedimiento aunque se hayan realizado varios delitos graves, a pesar de la alarma social que hubieran podido producir y no aclarando cómo puede comprobarse la existencia de estos hechos, ya que no existirán condenas previas.

En relación con el art. 16.2 se afirma que no puede haber un pronunciamiento sobre los hechos y su calificación al margen del proceso debido y de la presunción de inocencia, pues no puede haber prueba fuera de él ni imputación de hechos sin contradicción previa. En este marco, se afirma que, en la medida en que la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores parte de la responsabilidad civil solidaria de los padres, su declaración de responsabilidad queda supeditada tan sólo a una decisión del Fiscal, pues al inadmitir la denuncia o archivarla cancela la posibilidad de declarar dicha responsabilidad.

e) En un último bloque, cuestiona el Juez de menores la posibilidad de que los intervinientes en el proceso no sean especialistas en menores en cuanto lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En concreto, aduce la inconstitucionalidad del art. 41 LORPM, redactado conforme al art. 6 y la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000. Conforme a dicha disposición, el modelo de recurso de apelación de la Sentencia dictada en el procedimiento de menores, ante la Audiencia Provincial –en la que no hay una Sala especialista en menores–, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los arts. 37 d) y 40 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que requieren la especialización de todos los que intervienen en el procedimiento de menores.

Se razona que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe ser interpretado a la luz de los tratados internacionales (art. 10.2 CE) que, en este caso, señalan la necesidad de la especialización tanto del procedimiento de menores como de todos los intervinientes en el mismo. El carácter no especialista de los intervinientes en el proceso provocaría la falta de efectividad de la tutela judicial exigida en el art. 24.1 CE. Se cuestiona especialmente que, a pesar de que la disposición adicional cuarta LORPM establece la necesidad de la especialización de los intervinientes, así como que, a pesar

de que el art. 41 LORPM establecía que los recursos se substanciarían ante una sala especialista en menores en los Tribunales Superiores de Justicia, sin embargo, la Ley Orgánica 9/2000, a través de su art. 6 y su disposición adicional segunda, han modificado dicho régimen al establecer que serán las Audiencias Provinciales las competentes. De modo que se habrían implantado «órganos de justicia ordinarios de adultos en la administración de justicia de menores».

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 27 de noviembre de 2001, se acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (LOTIC) oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con: a) La ausencia de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 16.2, 23.3, 26.1 y 2, 28 y 33 e) LORPM (art. 35.2 LOTIC); b) la relevancia para la decisión del proceso de la validez de los arts. 18, 61 a 64, y 41 LORPM en relación con el art. 6 y la disposición adicional segunda Ley Orgánica 9/2000 (art. 35.2 LOTIC); c) la relevancia para la decisión del proceso de la validez del art. 17.4 y 5, así como sobre el carácter notoriamente infundado de la tacha de inconstitucionalidad planteada respecto del mismo (art. 35.2 y 37.1 LOTIC); d) el carácter notoriamente infundado de la tacha de inconstitucionalidad planteada de los arts. 26.2 y 31 LORPM (art. 37.1 LOTIC).

5. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 17 de diciembre de 2001, el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones, instando la inadmisión de la totalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

a) Señala, en primer término, que de la comparación del Auto de 29 de mayo de 2001, en el que el Juzgado dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para manifestarse sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos, con el Auto de planteamiento de la cuestión de 19 de junio de 2001, deriva que la audiencia no versó sobre los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28 y 33 e), ni tampoco sobre el art. 16.2 LORPM. De modo que sobre dichas disposiciones ni las partes ni el Ministerio Fiscal han podido ser oídas. En consecuencia, recordando la jurisprudencia constitucional (ATC 163/2001), afirma que, siendo la audiencia un requisito indispensable para el correcto planteamiento de las cuestiones (art. 35.2 LOTIC), la cuestión debe ser inadmitida en relación con dichos preceptos, de conformidad con el art. 37.2 LOTIC.

b) Sobre la inconstitucionalidad de los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM, alega el Ministerio Fiscal, de un lado, que existe una absoluta falta de relevancia en relación con la solución del caso, pues, no se alcanza a comprender para qué el Juez, en este momento de dictar Sentencia, precisa resolver el problema del plazo de la detención de quien ya está libre desde mucho tiempo atrás, que no ha formulado protesta alguna sobre su detención, y que ha sido puesto a disposición judicial antes de transcurrir las cuarenta y ocho horas de su detención. El planteamiento parece de naturaleza abstracta, sin relevancia para el caso concreto, y, por consiguiente alejado de la razón de ser del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

De otra parte, sostiene que la cuestión carece de fundamento, pues el art. 17.4 y 5 LORPM, partiendo del presupuesto legal de atribuir la instrucción de estos expedientes al Ministerio Fiscal (art. 16), reparte las cuarenta y ocho horas de la detención entre la Policía y el Fiscal, reduciendo el límite máximo de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 CE. Con ello no sólo no se quebranta lo dispuesto en dicho art. 17.2 CE, sino que se aumenta la garantía de libertad de los menores, anticipando el momento en que el menor deberá ser puesto a disposición judicial. Los plazos máximos de detención del art. 17.2 CE no habrían sido variados y, en todo caso, el plazo de cuarenta y ocho horas se reparte entre la policía y el Fiscal, porque éste, al ser el instructor, precisa de un tiempo para valorar el atestado y tomar algunas decisiones, como la puesta en libertad del menor, el desistimiento o la incoación del expediente. Incluso el apartado 6 del art. 17 LORPM completa las garantías al establecer el *habeas corpus*. Finalmente, sostiene que resulta



difícilmente cuestionable la facultad del Fiscal en cuanto instructor del expediente para detener o mantener una detención dentro de los límites legales, cuando esa misma facultad corresponde a la policía (art. 492 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) o incluso, en determinadas circunstancias, a los particulares (art. 490 LECrim).

c) En cuanto a las dudas respecto de los arts. 26.2 y 31 LORPM, sostiene el Fiscal que el Juez entrecruza lo que a su juicio debió hacerse en el presente expediente con lo que la ley autoriza a hacer. Razona el carácter notoriamente infundado del alegato de inconstitucionalidad, pues, de un lado, considera que no debe entenderse que el escrito de alegaciones del Fiscal constituye el final de la instrucción, sino que todavía se desarrolla ante el Juez parte de la instrucción, ya que éste puede practicar por sí las pruebas propuestas por el Letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción [art. 33 e)]. A ello ha de añadirse que el menor goza, desde el mismo momento de la incoación del expediente, de todos los derechos que le atribuye el art. 22 LORPM, y que el Fiscal deberá dar vista del expediente al Letrado del menor en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como lo solicite (art. 23), quien puede interesar las diligencias que estime pertinentes, incluida la exploración del menor; de modo que no parece posible considerar que la ley lesione el derecho de defensa del menor, colocándole en una situación de sorpresa frente a lo que se pueda realizar en el expediente antes de la audiencia. Por lo demás, en el caso concreto la defensa del menor, designada desde el primer momento, pidió al Juez en su escrito de alegaciones, entre otras diligencias, la exploración de aquél (26 de marzo de 2001), que pudo haber sido solicitada con anterioridad y fue declarada pertinente.

d) Respecto de la tacha de inconstitucionalidad de los arts. 16.4 y 61 a 64 LORPM, se razona, de un lado, que ya la STC 60/1995, de 17 de marzo, sobre la Ley Orgánica 4/1992 de juzgados de menores, afirmó que las diligencias practicadas por el Juez a instancia del Fiscal, si el menor está defendido por letrado, no afectan en principio a la imparcialidad objetiva del Juez. De otra parte, se aduce que en ningún pasaje de los artículos mencionados se obliga al juez a tomar la iniciativa y practicar por sí mismo diligencia de prueba alguna, sino que se limita a ordenar la práctica de las pruebas propuestas por las partes, autorizándosele exclusivamente a que de oficio mande «unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión» (art. 64.7); iniciativa que, por sí sola, en nada afecta ni contamina la actuación del Juez que se limita a recoger lo ya practicado a propuesta de las partes. A todo ello añade que el Juez cuestionante no justifica en este caso la necesidad de aplicar los preceptos que tacha de contrarios a la Constitución de manera que le impida preservar su imparcialidad, por lo que no habría juicio de relevancia para la resolución del caso.

e) Igualmente faltaría la relevancia para la solución del caso, respecto del art. 18 LORPM, ya que el desistimiento, como facultad del Fiscal, no ha sido utilizado en el caso. Las hipótesis suscitadas en el Auto serían impropias de una cuestión de inconstitucionalidad, que no existe para resolver futuras dudas sino para los casos en que «el Juez considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo pueda ser contraria a la Constitución» (art. 35.1 LOTC). En todo caso, considera que la cuestión es notoriamente infundada, pues el ejercicio de la potestad discrecional que otorga el art. 18 viene vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor que informan la ley, siendo ello acorde con las recomendaciones de los textos internacionales relacionados con la justicia de menores [art. 40.3 b) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, regla 6 de Beijing y apartado II de la Recomendación número R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa], y, además no viola el derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado, ya que lo dicho en el art. 18 se entenderá «sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil» (art. 18.1) y de la posibilidad, que siempre tienen, de acudir a la vía civil ordinaria.

f) Por último, sobre la constitucionalidad del art. 41 LORPM, en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional segunda Ley Orgánica 9/2000, afirma el

Fiscal que es claro que no resulta aplicable al caso, ni de su validez depende el fallo, puesto que, para dictar Sentencia, el Juez en primera instancia no precisa tener en cuenta la norma, ni incluirla en la parte dispositiva de su Sentencia, ni le afecta lo que la ley diga acerca de la apelación. Tanto es así, que ni siquiera ha de hacer mención a los recursos. Además, considera la cuestión notoriamente infundada, pues la especialización no se establece como una obligación o un derecho de carácter exclusivo o excluyente en la legislación, sino como criterio preferencial para la provisión de destinos. De modo que, ejerciéndose la potestad jurisdiccional, según el art. 117.3 CE, por los Juzgados y Tribunales «determinados por las leyes», si los Jueces y Tribunales están previstos en la ley sin exclusividad en su especialización, pueden prestar la tutela judicial efectiva aunque en el caso concreto no estén especializados o no lo estén completamente. En definitiva, la especialidad no es algo que forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva según la regulación legal.

6. Por providencia de 23 de marzo de 2004, la Sección Cuarta de este Tribunal, teniendo por formuladas las alegaciones planteadas por el Fiscal General del Estado, acordó admitir a trámite la cuestión que plantea el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia sobre la constitucionalidad de los arts. 16.2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1, 2 y 3, 28, 31, 33 e), y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; y el art. 6 de la Ley Orgánica 9/2000, que dio redacción al art. 41 de la Ley Orgánica 5/2000 y la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000; así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. En la misma resolución se acordó publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

7. El Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

De igual modo, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. El Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno, solicitando, en su escrito de alegaciones registrado en este Tribunal el 22 de abril de 2004, que se dicte Sentencia que desestime la cuestión planteada.

a) En relación con el art. 17, apartados 4 y 5 LORPM, considera, con carácter previo, que en el Auto no se efectúa debidamente el juicio de relevancia, pues su justificación es tan variada que no se llega a conocer realmente el dato relevante y su consecuencia para el concreto enjuiciamiento, sin que en realidad llegue a justificarse en qué medida unos hechos anteriores relacionados con la detención pueden ser determinantes para el fallo.

En cualquier caso, manifiesta que los preceptos cuestionados no son contrarios al art. 17 CE; el Auto establece una diferenciación entre poder de detención y disposición del detenido que es imposible en la práctica, pues toda detención supone invariablemente que el detenido se encuentra bajo el control y responsabilidad de quien la ha practicado. La Constitución impone la puesta a disposición judicial del detenido dentro de un plazo, pero no condiciona de manera excluyente la intervención del Ministerio Fiscal, quien tiene encomendada la instrucción de los procedimientos de menores precisamente como garantía frente a la «contaminación» que podría producir la instrucción del propio juez.

b) La argumentación con la que se cuestionan los arts. 26.2 y 31 LORPM no deja claro, a juicio del Abogado del Estado, si la objeción se dirige contra la norma o contra la concreta actuación del Ministerio Fiscal en el expediente instruido. De una parte, en cuanto al art. 26.2, manifiesta que no se entiende bien la objeción en un procedimiento en que el imputado es un menor y en el que los derechos de defensa sitúan su centro de

gravedad en la persona de su defensor; la finalidad de evitar la indefensión derivada de acusaciones sorprendidas –en la que el órgano cuestionante centra su alegación– es alcanzada depositando en el letrado defensor del menor la oportunidad de proponer que se lleve a efecto la declaración del menor. Y en relación con el art. 31 de la Ley, denuncia en realidad el órgano judicial la ausencia en el procedimiento de una fase intermedia, quedando cifrada igualmente la inconstitucionalidad en una omisión del legislador, que en cuanto se refiere a la declaración del menor no es realmente tal, puesto que se configura como derecho del propio menor, ejercitable por su letrado, y no como una carga o deber.

c) En relación con el siguiente bloque de preceptos cuestionados, referidos al proceso paralelo de responsabilidad civil, razona el Abogado del Estado que nada puede reprocharse al legislador pues no ha hecho otra cosa que atribuir al Juez del proceso penal el enjuiciamiento de la responsabilidad civil correspondiente, siendo la única razón para introducir un proceso diferenciado la relevancia que en el de responsabilidad civil puedan tener los guardadores del menor.

d) El cuestionamiento de los art. 16.2 y 18 LORPM no satisface el juicio de relevancia, puesto que no han sido aplicados en el caso concreto. Por lo demás, tampoco se explica debidamente en el Auto en qué medida la facultad asignada al Fiscal de resolver el archivo de las actuaciones o la de desistir de la incoación del expediente lesionan el art. 117 CE.

e) Por último, razona el Abogado del Estado que tampoco del art. 6 y de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000 se ha efectuado debidamente el juicio de relevancia, puesto que los actos procesales cuya validez pueda depender de la competencia son aquéllos que pueden producirse a partir del cese de la competencia del Juez proponente. Por otra parte, en relación con la queja de falta de especialización, manifiesta que la especialización es una cuestión compleja que atiende a múltiples factores, sin que haya de ser la jurisdicción constitucional la que deba dirimir las implicaciones derivadas de la misma.

9. El Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones el 30 de abril de 2004, en el que solicitó la desestimación de la cuestión de constitucionalidad reiterando los argumentos ya expuestos en el previo escrito de alegaciones. A tales argumentos añadió las siguientes consideraciones:

a) En relación con el cuestionamiento de los arts. 26.2 y 31 LORPM, abunda en la idea de que las garantías establecidas en la propia ley de responsabilidad penal del menor —que permiten al Letrado del menor solicitar del Ministerio Fiscal «cuantas diligencias considere necesarias», pudiendo reiterar la petición de las no practicadas en cualquier momento, y debiendo además el Fiscal recibir en el expediente la declaración del menor cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto— impiden poder concluir que el menor no puede conocer su condición de «imputado» ni defenderse en el proceso antes de que el Ministerio Fiscal resuelva concluir el expediente y remitirlo al Juzgado. Y sostiene además que la citada ley incorpora la doctrina constitucional elaborada para el proceso penal en general (STC 186/1990) y para el de menores en particular (STC 60/1995), acentuando las garantías a favor del menor, al trazar un procedimiento acusatorio en el que el Fiscal con sus alegaciones formula una verdadera imputación que sirva para una conformidad (art. 32) o para la celebración de audiencia (art. 33).

Ello es así aun cuando se entienda que el art. 33 no abre una fase de instrucción judicial y no permita por tanto decidir al Juez la celebración de la audiencia tras la práctica de la prueba pedida por la defensa del menor, sino con anterioridad; no obstante lo cual, la circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado ha planteado otra interpretación del art. 33 según la cual el Juez podría acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa y a la vista de su resultado decidir sobre la celebración de la audiencia o el sobreseimiento. Dicha interpretación daría al menor otra oportunidad de ser explorado y ser informado de la imputación antes de abrirse la audiencia.

b) Pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en segundo lugar, que pese a que la vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE) sólo fue planteada en el



trámite de audiencia respecto de los arts. 16.4 y 61 LORPM –referidos a la apertura de la pieza de responsabilidad civil–, y no respecto de los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28 y 33 e), debiendo por ello ser inadmitido su cuestionamiento ex arts. 35.3 y 37.2 LOTC, en todo caso debería desestimarse porque el Juez se limita a ordenar la práctica de las pruebas que las partes le proponen [arts. 23.3, 28,2 y 33 e)] y a decretar el internamiento tres serle solicitado por el Ministerio Fiscal y tras una audiencia previa con las partes. Ello, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 60/1995, de 16 de marzo), permite excluir cualquier duda de parcialidad en el Juez de menores. Además, pone de relieve el Fiscal General del Estado que en el caso concreto el internamiento del menor se acuerda en virtud de razones que nada tienen que ver con la culpabilidad del menor, sino en interés del menor y de su reinserción, lo que evidencia que en nada queda afectada la imparcialidad judicial por el hecho de que el Juez de menores deba decidir sobre tales cuestiones.

10. Mediante providencia de fecha 3 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el 5 de julio del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, (en adelante LORPM), cuya fundamentación se expone con detalle en los antecedentes: art. 17.4 y 5 por ser lesivo del art. 17.2 CE, del art. 9.3. Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del art. 5.3 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; arts. 26.2 y 31 por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.); arts. 16.4, 23.3, 26.1 y 3, 28, 33 e), 61 a 64 por lesión del derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 24.2 CE.); arts. 16.2 y 18 por vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 de la Constitución; art. 41 en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000 por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). El Fiscal General del Estado se opone a la admisión de la cuestión respecto de algunos preceptos por considerar que no fueron incluidos en el trámite de audiencia a las partes, y por carecer de juicio de relevancia otros; subsidiariamente plantea su desestimación; el Abogado del Estado interesa igualmente la desestimación íntegra de la cuestión.

2. Con carácter previo, hemos de resolver la dudas de orden procesal planteadas por el Fiscal General del Estado, quien considera que determinados preceptos de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores sobre los que se proyecta la duda de constitucionalidad no fueron expuestos a las partes en el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 CE, y con relación a otros preceptos la cuestión carece de relevancia para el fallo (art. 35.1 CE). Al respecto es procedente recordar que no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica del art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2; y 6/2010, de 14 de abril, FJ 1).

Comenzando con el examen de los requisitos procesales, ha de señalarse que el Auto de 29 de mayo de 2001, en base al cual el Fiscal y la letrada del menor efectuaron sus alegaciones, no cuestionó la constitucionalidad de los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28.2 y 33 e) LORPM como lesivos del derecho a un juez imparcial, ni tampoco la del art. 16.2 LORPM en relación con la lesión del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE); no es sólo que se omitiera la mención numérica de estos preceptos, sino que los razonamientos sobre la lesión de los preceptos constitucionales, exteriorizados en el Auto de apertura del

trámite de audiencia, no se refieren en modo alguno a dichas disposiciones. Por ello, como también señala el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por ausencia del trámite de audiencia al Fiscal y a las partes (art. 35.2 LOTC) en relación con dichos preceptos.

En este contexto, ha de reiterarse la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, hemos destacado también que el mismo no puede minimizarse reduciéndolo a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas. Es, por lo tanto, un requisito inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión de constitucionalidad que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión (por todas, SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2; y 140/2008, de 28 de octubre, FJ 2).

3. Procede, en segundo término, analizar la concurrencia de la segunda causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, referida a la ausencia de relevancia para la decisión del proceso (art. 35.2 LOTC) de la eventual inconstitucionalidad de los artículos 16.4, 17.4 y 5, 18, 61 a 64 y 41 LORPM.

Para dar respuesta a este óbice de procedibilidad debemos recordar, con el ATC 24/2008, de 22 de enero, FJ 4, que «el juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, impidiendo que el órgano judicial convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece aquél de legitimación. Dicho juicio de relevancia ha sido definido por este Tribunal como ‘el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada’ (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, y AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3, y 21/2001, de 30 de enero, FJ 1, por todos) y constituye ‘una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión, pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3) entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley’ (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5; AATC 24/2003, de 28 de enero, FJ 3; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3, y 206/2005, de 10 de mayo, FJ 3, entre otros)» (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7).

Es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, *prima facie*, corresponde comprobar y exteriorizar dicho juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE (STC 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4; ATC 186/2009, de 16 de junio, FJ 2).

4. Pues bien, de conformidad con lo manifestado por el Fiscal General del Estado, no se advierte en qué medida resulta relevante para emitir una resolución por el órgano judicial proponente ni en el marco del incidente de nulidad de actuaciones instado, ni respecto del fondo del asunto, los apartados cuarto y quinto del art. 17 LORPM.

Así, de un lado, respecto de la constitucionalidad de la prórroga de la detención del menor estando a disposición del Fiscal, en sí misma considerada, es claro que no se formuló queja alguna, ni se suscitó el *habeas corpus*, de conformidad con el art. 17.6 LORPM, cuando hubiera sido éste el procedimiento adecuado no sólo para reparar la eventual lesión de la libertad del menor, sino también para plantear en su marco la cuestión de constitucionalidad. En este sentido, debe destacarse que quien tiene encomendado el conocimiento y resolución del *habeas corpus* no es el Juez de menores, sino el Juez de instrucción del lugar donde se encuentre el menor privado de libertad (art. 17.6 LORPM), debiendo ser este órgano judicial, por razón de su competencia, quien habría de aplicar el precepto cuestionado.

Por consiguiente, a partir de la naturaleza y ámbito del proceso en el que se ha suscitado dicha cuestión de inconstitucionalidad –proceso sobre la responsabilidad penal del menor– ha de negarse la dependencia para el fallo de la constitucionalidad de los apartados cuarto y quinto del art. 17 de la ley cuestionada. Como este Tribunal tiene declarado, el examen del juicio de relevancia, «dado que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un concreto y determinado proceso,... tiene necesariamente que realizarse partiendo de la naturaleza y ámbito objetivo de ese proceso, pues la interdependencia que existe entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial hace que el sentido y alcance de ésta vengan siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 6; y 130/1999, de 1 de julio, FJ 2; ATC 100/2003, de 25 de marzo, FJ 2).

De otro lado, también carece de relevancia para el fallo la constitucionalidad de estos preceptos desde la óptica de la eventual ilicitud constitucional de las pruebas derivadas de aquéllas obtenidas estando el menor detenido a disposición del Fiscal, pues, en el caso, la única declaración prestada por el menor tuvo lugar en el plazo inicial de detención –de veinticuatro horas– ante la policía, y no se cuestiona la constitucionalidad de la detención policial del menor. Por consiguiente, no habiéndose realizado diligencia de prueba alguna en el marco de las catorce horas que, según el Juez proponente, duró la detención ante el Fiscal, ninguna relevancia para la eventual declaración de responsabilidad del menor puede tener, desde esta perspectiva, la constitucionalidad de los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM.

5. A igual conclusión sobre el juicio de relevancia debe llegarse respecto de las normas reguladoras de la responsabilidad civil (arts. 16.4, 61 a 64 LORPM), a las que se atribuye la vulneración del derecho a ser juzgado por un Juez imparcial (art. 24.2 CE). La alegada inconstitucionalidad de tales preceptos se derivaría, a juicio del órgano cuestionante, de que permitirían un contacto del Juez de menores con el material probatorio con anterioridad a la celebración de la audiencia, cuando tiene lugar la práctica de la prueba. Pues bien, en el presente caso el planteamiento de la cuestión a las partes se realiza una vez celebrada dicha audiencia, sin que hasta ese momento se hubiera practicado diligencia probatoria alguna en la pieza de responsabilidad civil previamente abierta. Por lo demás, como resalta el Fiscal General del Estado, tampoco respecto de estos preceptos justifica el órgano judicial proponente la necesidad de ser aplicados de forma contraria a la Constitución, ni argumenta que se hubiera acordado de oficio diligencia probatoria alguna. Por todo ello, es obligado concluir en la irrelevancia de tales preceptos para el fallo.

Idéntico sentido ha de tener el examen del juicio de relevancia en relación con la posibilidad de desistimiento del proceso prevista en el art. 18 LORPM, pues no se ha utilizado dicha posibilidad, y la hipótesis de que se utilice en el caso de estimarse la nulidad de actuaciones con retroacción no puede ser contemplada en este momento más que como un evento futuro e incierto, que, en atención a dicho carácter, resulta inapropiada para fundamentar una duda concreta de inconstitucionalidad como la que se sustancia en este específico proceso de inconstitucionalidad, de control concreto e incidental de la constitucionalidad de las leyes.

Por último, tampoco la resolución del caso en primera instancia depende de la aplicación del art. 41 LORPM en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 9/2000, pues la Sentencia que se dicte no ha de tenerlo en cuenta para resolver el fondo del asunto, dado que el citado precepto se ocupa de los recursos procedentes contra la resolución dictada en primera instancia por el Juez de menores.

Por consiguiente, se ha inadmitir, de conformidad con el art. 37.1 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los arts. 16.4, 18, 41 y 61 a 64 LORPM en la medida en que la decisión del proceso no depende de la validez de dichas normas (art. 35.2 LOTC).

6. Sentado lo anterior, resta únicamente por analizar la tacha de constitucionalidad atribuida a los arts. 26.2 y 31 LORPM. Así perfilado el objeto del proceso hay que advertir que, con posterioridad al planteamiento y tramitación de la presente cuestión de inconstitucionalidad, los preceptos cuestionados fueron parcialmente modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modificaciones que, no obstante, no tienen efecto alguno sobre el objeto del presente proceso constitucional en la medida en que las normas cuestionadas siguen siendo aplicables en el proceso *a quo* y de su validez depende la decisión de adoptar en éste (STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 3, y doctrina allí citada), dado que la regla general es que las cuestiones de inconstitucionalidad han de ser resueltas conforme a la legislación en vigor en el momento de su planteamiento.

Conforme con ello podemos comenzar el enjuiciamiento de los preceptos cuestionados, cuyo contenido era el siguiente.

Art. 26. Diligencias propuestas por el letrado del menor 2:

«No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.»

Art. 31. Apertura de la fase de audiencia:

«Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Menores los incorporará a sus diligencias, y procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual dará traslado al letrado del menor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente, a fin de que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones comprensivo de los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal y proponga la prueba que considere pertinente.»

El órgano judicial razona que estas disposiciones lesionan el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.), por no declarar obligatorio un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción y con carácter previo a la apertura de la fase de audiencia. En concreto, la inconstitucionalidad de dichos preceptos derivaría de que el art. 26.2 está partiendo de la posibilidad de que se pueda cerrar la instrucción del expediente sin que el instructor haya oído al expedientado, y de que el art. 31, que regula la apertura del trámite de audiencia, permite su apertura sin que se haya procedido a oír al menor. Sostiene el órgano judicial proponente que una de las reglas estructurales del proceso penal de adultos exigidas por el derecho al proceso con todas las garantías en nuestra jurisprudencia constitucional (citando las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre; 100/1996, de 11 de junio; 149/1997, de 29 de septiembre, entre otras), es la relativa al derecho que tiene toda persona a no ser acusado formalmente sin haber adquirido con carácter previo durante la instrucción la condición de imputado, a los efectos de que se le dé a conocer el hecho punible que se le imputa y ejercer su defensa sin límites desde ese momento, para que se le ilustre de sus derechos y especialmente del de ser asistido de

letrado y para poder exponer su versión exculpatoria ante el Juez instructor. Además, no se le puede citar como testigo si existen sospechas de que haya participado en el hecho punible. Se trataría de una obligación del Juez instructor de poner en conocimiento el hecho punible atribuido para que pueda exculparse, sin que pueda darse validez de declaración como imputado a la que se haya efectuado en condición de testigo.

Se alega además que la Ley está partiendo de que la única exploración realizada al menor sea la efectuada por la policía, con lo que se estaría aceptando que «un menor pueda permanecer en estado de internamiento cautelar en centro cerrado –como es el presente caso– sin haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente, que actúa, pues, no instruyendo sino aceptando en su totalidad la práctica policial en la que tampoco ha participado en ningún momento». La relevancia de la cuestión residiría en la dependencia de la validez de estas normas para resolver la nulidad de actuaciones instada por la letrada del menor, en relación con el hecho de que el instructor no citó al menor para explorarle, cuestión cuya resolución se dejó sin resolver en la audiencia posponiéndose hasta el momento de dictar Sentencia.

7. En efecto, como afirma el órgano judicial proponente este Tribunal ha venido reiterando que una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado, conocer el hecho punible que se le atribuye, ser ilustrado de los derechos que en tal condición le asisten, especialmente el de ser asistido de letrado, declarar ante el Juez y exponer su versión exculpatoria (por todas SSTC 186/1990, 15 de noviembre de 1990, FFJJ 5, 6, 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 87/2001, de 4 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5). En este sentido, hemos dicho que «lo que prohíbe el art. 24 CE es que el inculcado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella» (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Más concretamente, hemos afirmado también que la garantía de audiencia previa «implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 [de la Ley de enjuiciamiento criminal]»; imponiéndose asimismo la exigencia de que, desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible el imputado no declare como testigo porque, a diferencia de este último, «el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE» (SSTC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Sentado lo anterior, también hemos señalado que las reglas y garantías aplicables al proceso penal de adultos pueden modularse o llegar a excluirse al ser proyectadas al proceso penal de menores, dadas sus particulares características tanto en lo concerniente a la finalidad de las medidas, que no tienen un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y con vistas a su efectiva reinserción, como en lo relativo al desarrollo del proceso, donde ha de priorizarse el superior interés del menor (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6; y 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5). De modo que habría que analizar si el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la instrucción y de que se presente formalmente la acusación ha de trasladarse al proceso de menores o puede ser modulado en función de otros intereses que resulten dignos de consideración. En todo caso, del planteamiento del órgano judicial resulta que su queja deriva de la falta de regulación expresa de dicho trámite de audiencia en las disposiciones que regulan la fase de instrucción del expediente. Se trataría así de una inconstitucionalidad por ausencia en la regulación de un trámite que se entiende constitucionalmente obligado.

8. El Juez cuestionante sostiene específicamente que del artículo 31 se deduce que el primer momento en el que el menor conoce de la imputación es tras la apertura de la



fase de audiencia, al darle traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones del Fiscal y del expediente. Sin embargo, lo único que se infiere directamente de esta disposición es que en ese momento se dará traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones, pero de ella no se deriva que no sea posible u obligado que el menor conozca de la imputación en fase previa, antes de cerrar la instrucción del expediente. La ausencia de regulación de esta cuestión en el art. 31 no impide su regulación en otro lugar del articulado de la ley, ni, en última instancia, una interpretación del precepto *secundum Constitutionem*, es decir, ex art. 24.2 CE.

Así, de la lectura de los arts. 16 a 30 LORPM, que regulan la instrucción del expediente, se infiere que si bien no se ha regulado expresamente el trámite de audiencia al menor como obligación del instructor, sí ha establecido el legislador otros trámites relevantes para el ejercicio del derecho de defensa del menor en fase de instrucción, tendentes a salvaguardar —con las modulaciones derivadas de proteger los intereses del menor— las garantías que se condensan en el trámite de adquisición de la condición de imputado en el proceso penal de adultos. A estos efectos es especialmente relevante el contenido del art. 22 LORPM que preveía:

«1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.

b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Secretario del Juzgado de Menores, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado al menor de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados...»

Este precepto ha sido también modificado por la ya aludida Ley Orgánica 8/2006, si bien la modificación, consistente en atribuir al Fiscal la potestad de requerir al menor y a sus representantes legales para que designen letrado así como prever la comunicación de la designación al Juez de menores, en nada afecta a lo aquí examinado. A partir del contenido del art. 22.2 resulta que el menor tiene conocimiento de la instrucción del expediente desde el momento mismo de su incoación y que, a través del abogado —que, en caso de no ser nombrado por él, será designado de oficio en ese momento—, podrá intervenir desde el principio en la fase instructora del expediente y proponer las diligencias que estime pertinentes, de manera que queda salvaguardado el derecho del menor a intervenir en el procedimiento. De otra parte, el art. 22.1 a) especifica el deber del Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de informar al menor de los derechos que le asisten, desde el momento mismo de la incoación del expediente. La única diferencia que se observa respecto de lo requerido en el proceso penal de adultos reside en que dicho conocimiento —de los hechos que se le imputan y de sus derechos—, no lo adquiere

directamente el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, pues la incoación del expediente puede conocerla a través de su notificación por escrito y la ilustración de sus derechos puede ser llevada a cabo por la policía.

Esta falta de encuentro personal con el instructor, con las funciones ya mencionadas o a los efectos de que éste oiga la versión exculpativa del menor, no aparece ciertamente como un trámite obligatorio, siempre y en todo caso, de la instrucción del expediente. Ahora bien, ni ello significa que no lo sea en ciertos casos por prescripción de la propia ley, ni tampoco que su ausencia no se vea colmada por la audiencia ante el órgano judicial. Así, por una parte, resulta obligado que el instructor oiga al menor cuando así se le solicite por el Letrado, pues así se infiere del apartado segundo del art. 26 en relación con su apartado primero. Si el art. 26.1 prevé la posibilidad de que el instructor inadmita mediante resolución motivada alguna de las diligencias propuestas por el Letrado del menor, a esta regla general se sustrae la solicitud de declaración del menor, ya que, con absoluta claridad, el art. 26.2 establece que «el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente». Es decir, que una vez pedida la declaración del menor por el Letrado, el instructor tiene obligación de recibirla. A ello, por lo demás, no se opone el último inciso del art. 26.2, pues lo único que señala, de otra parte de forma innecesaria, es que dicha obligación de recibir declaración al menor decae si se solicita de forma extemporánea, es decir, cuando «hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores». De esta manera, el Fiscal no puede denegar la declaración salvo que se haya solicitado de forma extemporánea.

Por otra parte, la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores prevé que el menor sea oído antes de acordar su internamiento. Así, el art. 22.1 d) establece que es derecho del menor el ser oído por el Juez o Tribunal «antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente». De modo que, si bien es cierto que puede acordarse el internamiento del menor sin que el instructor le haya oído, no lo es menos que, siendo derecho del menor el ser oído por el Juez, que es el competente para acordar el internamiento del menor, si se le solicita tampoco éste puede negarse.

Por lo demás, la inexistencia de un trámite obligatorio de audiencia del menor ante el fiscal instructor tiene un fundamento consistente y razonable en la necesaria evaluación del interés individual de cada menor. La reducción de trámites procesales durante la instrucción del expediente, así como todo el proceso penal de menores, se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puede ocasionarle. Dicha ponderación del interés del menor constituye también la razón que justifica que la Ley no exija que el conocimiento por el menor del hecho imputado y de los derechos que le asisten se realice en un encuentro personal ante el Fiscal instructor. Ahora bien, dicha inicial ponderación, a realizar por el Fiscal, no obsta a que si el Letrado del menor, estimándolo necesario para la defensa de éste, solicita esta diligencia, resulte obligatorio para aquél recibir declaración al menor.

9. En definitiva, si, como recuerda la ya citada STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5, lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es «garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3 c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4]», podemos descartar que los preceptos cuestionados vulneren la Constitución. En la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (art. 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo

estime pertinente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), debe, en suma, descartarse la alegada inconstitucionalidad de los arts. 26.2 y 31 LORPM, por no ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En todo caso, lo afirmado no obsta a que el Juez proponente pueda considerar constitucionalmente reprochable la actuación del instructor en el caso concreto, en función de las circunstancias de éste y específicamente de las del menor, cuyo enjuiciamiento sólo a él compete, pues, en definitiva, es él quien puede valorar si la facultad legalmente atribuida al instructor ha sido utilizada de forma constitucionalmente correcta.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 16.2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1 y 3, 28.2, 33 e), 41, y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de julio de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Firmado y rubricado.